



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

TOMÁS IGNACIO HALABI ZÚÑIGA
KATIA FERNANDA SANGUINETTI FUENTEALBA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

Profesor Guía: Militza Glasinovic Gómez

Santiago, Chile

2019

Contenido

| | |
|---|----|
| INTRODUCCION | 4 |
| Capítulo 1: Potestades o Medidas Cautelares: | 7 |
| 1.0. Breve reseña sobre las medidas cautelares: | 7 |
| 1.0.1 Antecedentes históricos:..... | 7 |
| 1.1. Principios Inspiradores de los Procedimientos de Familia | 10 |
| 1.1.1 Principio de Protección a la Familia. | 11 |
| 1.1.2 Principio de Protección del Matrimonio:..... | 13 |
| 1.1.3 Principio de Desformalización:..... | 15 |
| 1.1.4 Principio de la Oralidad..... | 16 |
| 1.1.5 Principio de la Concentración: | 17 |
| 1.1.6 Principio de la Desformalización..... | 18 |
| 1.2. Medidas Cautelares en la tramitación ante los tribunales de Familia. | 18 |
| 1.3. Medidas cautelares establecidas en el art. 22 de la ley 19.968. | 19 |
| 1.3.1. Clasificación | 19 |
| 1.4. Análisis de las medidas especiales contempladas en el artículo 71 de la ley 19.968. | 21 |
| 1.4.1. Legitimación Activa. | 23 |
| Capítulo 2: Tramitación de las Medidas Cautelares Especiales y análisis crítico sobre su efectividad..... | 24 |
| 2.0. Antecedentes: | 24 |
| 2.1. Las medidas de protección | 25 |
| 2.2. Potestades del Juez de Familia:..... | 28 |
| 2.3.1. Oportunidad para decretar medidas cautelares especiales. | 30 |
| 2.3.2. Duración de la Medida Cautelar. | 30 |
| 2.3.3. Procedimiento Judicial de las Medidas de Protección..... | 30 |
| 2.3.4. Audiencia Preparatoria en Medidas de Protección | 31 |
| 2.3.5. Audiencia de juicio en medidas de protección. | 32 |
| 2.3.6. Sentencia..... | 33 |
| 2.3.7. Separación del niño de sus padres o de sus cuidadores | 34 |
| 2.4. Breve análisis de la ley de violencia intrafamiliar 20.066. | 35 |
| 1.4.1. Sujetos pasivos y activos de violencia intrafamiliar, ley 20.066..... | 36 |
| 2.4.2 Competencia para conocer actos de violencia intrafamiliar | 38 |

| | |
|---|----|
| 1.4.2. Medidas cautelares para protección de la víctima | 38 |
| Conclusión | 42 |
| Bibliografía | 43 |

INTRODUCCION

Para efectos de esta tesis se realizará un análisis de las medidas cautelares en los procedimientos de familia, según las normas del Código de Procedimiento civil, específicamente artículos 290 y siguientes, así como también de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Para ello primero debemos establecer que se entiende por “Familia”

El concepto de familia procede del término “Familia”, que es a su vez una derivación de la palabra “*famulus*”, que tenía el significado de ciervo o esclavo¹, principalmente moradores del hogar común. Que se entendían al mismo tiempo como las personas que tienden a habitar bajo el mismo techo y que se encuentran bajo dependencia tanto económica como de obediencia de un jefe en común.

Orígenes en el Derecho Romano:

En Roma existían dos clases de familia, en primer lugar, la Familia Agnaticia formada por las personas que le rendían culto a una misma dignidad divina, estuvieran o no ligadas por vínculos de sangre. Dentro de esta clase de familia existían a su vez dos categorías. Por un lado, existía el jefe de familia, que tenía todos los poderes y se conocía como Pater Familia y las personas sometidas a él, que eran los Filius Familia.

La otra clase de familia que existía en roma era la Cognaticia, que estaba formada por aquellos ligados por la sangre².

Durante muchos años tenía mayor importancia el parentesco por cognación, siendo muy importante la figura del Pater, el cual podemos definir como “El varón

¹ Familia – Etimología de Familia [en línea] Santiago, Chile [fecha de consulta: 20 de febrero de 2017] Disponible en: <<http://etimologias.dechile.net/?familia>>.

² WILSON, Bracey. Curso de derecho Romano (ed). La Ley, Manuales Universitarios, año 2001. 60 p.

Ciudadano romano, que no tiene ascendiente varón vivo o se emancipó y que no esté sujeto a adopción ni por adrogación a un tercero”.

Respecto del vínculo que unía al Pater Familia con su cónyuge se conoce como “Manus” y respecto al vínculo que tiene el Pater Familia con el resto de las personas, se conoce como “Patria Potestad”.

Nuestro código civil en su artículo 815 hace eco de las referencias antes mencionadas, al señalar: *“El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia.*

La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobreviven después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, no haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución.

Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia.

Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de estos; y las personas a quienes estos deben alimentos.”

Sin embargo, actualmente no es considerada como una definición legal de familia, este concepto ha sido modificado con el paso del tiempo para dar cabida a hijos no reconocidos y de igual manera para dar a entender que la familia no necesariamente existirá cuando los cónyuges se encuentren unidos bajo vínculo matrimonial, sin embargo, se sigue conservando el principio general que es la cohabitación y la dependencia de estos con el proveedor.

A nivel constitucional, se ha reconocido el rol que posee la familia, pero ésta no lo ha definido. Hace equivalencia con la definición establecida en la Nueva Ley de Matrimonio Civil dictada en el año 1994, estableciendo que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, que se encuentra contenida en el artículo primero, inciso segundo de nuestra carta fundamental.

Definición que para muchos es sumamente básica, pero que permite proteger a los más variados y únicos tipos de familias que conforman y nutren la realidad nacional.

No se indica que sean familias casadas, o unidas de hecho, con hijos biológicos, adoptados, ni tampoco el tipo o ubicación del hogar común. Por ende, no pueden ser discriminadas ni excluidas de reconocimiento los distintos y variados tipos de familia, los que para casos particulares y específicos puedan ser regulados por otras normas y estamentos, como lo son cifras del Instituto Nacional de Estadísticas que subcategorizan a la familia en categorías distintas.

A través de los años, se ha entendido como concepto de familia aquel lugar de “refugio, remanso y bienestar para los sujetos que la componen, cédula básica afectiva que moldea a los individuos, les otorga sentido de pertenencia y ayuda a formar la subjetividad y donde se aprende la reciprocidad social”.

Capítulo 1: Potestades o Medidas Cautelares:

1.0. Breve reseña sobre las medidas cautelares:

1.0.1 Antecedentes históricos:

Para ello debemos remontarnos al derecho romano en donde aparecen registros de las primeras medidas cautelares, particularmente la acción “*pignoris capio*” que consistía principalmente en que el acreedor tiene el derecho de tomar en posesión bienes que le pertenecen a su deudor, con el objeto de garantizar el pago de su crédito, pudiendo también ordenarlo el juez. Conocido actualmente como embargo preventivo.

Una vez trabada la litis con la contestación de la demanda, la cosa objeto de la demanda se transformaba en un objeto litigioso, cuya enajenación se encuentra prohibida.

Hoy en día podemos apreciar que esta institución se encuentra vigente y es recogida por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1464 N°3 de nuestro Código Civil.

ART. 1464. “Hay un objeto ilícito en la enajenación:

3°. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”.³

Este objeto litigioso quedaba excluido del comercio y no puede ser objeto de convención alguna, tampoco puede ser destruida o sufrir deterioro. Una vez

³ Código civil. Ministerio de Justicia [en línea]: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 2000. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>

terminado el juicio, se entregaba en totalidad o en parte al litigante que resultaba victorioso.

La prohibición de celebrar actos y contratos sobre determinados bienes no logra ser del todo eficaz, siendo para ello necesario cautelar ciertos bienes y no exigiendo un título ejecutivo por parte del acreedor.

Posteriormente aparecen las 7 partidas dictadas por Alfonso “El Sabio”⁴ principalmente en la partida tercera en donde se dispone lo siguiente: “En caso de existir una demanda y el deudor enajena la cosa después del emplazamiento, esta enajenación es nula, existiendo una sanción para el comprador en caso de que este conozca que la cosa tenía prohibición de ser enajenada al tiempo de la demanda”, perdiendo el precio pagado por la cosa. Estas leyes españolas fueron de aplicación general para América durante la época de la colonia.

Por último, tenemos la época del control judicial, producida durante el siglo XX, época en que se traslada al juez la potestad de establecer medidas cautelares.

Las medidas cautelares en Chile están reguladas en el libro II, título V del Código de Procedimiento Civil, destacando dos objetivos:

- a) En primer término, las medidas cautelares sirven para asegurar el resultado práctico de la acción, pero en ningún caso pueden anticipar parte o el total de la pretensión del actor.
- b) En segundo término, las medidas cautelares son esencialmente patrimoniales, esto es, pretenden asegurar uno o más bienes en miras de una futura ejecución forzosa.

El profesor Juan Carlos Marín agrega “sobre estas dos ideas, se ha elaborado todo el edificio dogmático de la tutela cautelar en el país”⁵

⁴ Las Siete Partidas de Alfonso El Sabio [en línea]: Las Siete Partidas. Siglo XIII. [Fecha de consulta 18 de febrero del 2019]. Disponible en: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>>

⁵ Marín Gonzales Juan Carlos. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, págs. 307 y ss.

En opinión del profesor Juan Carlos Marín González, las medidas cautelares pueden presentar varios inconvenientes, que -en manos de jueces poco preparados- pueden transformarse en herramientas sumamente abusivas.

A la luz del artículo 290 podemos señalar que las medidas precautorias consisten en aquellas resoluciones tendientes a asegurar el resultado de la acción⁶. Así como también una definición que ha elaborado la doctrina, en la cual se establece que las medidas cautelares “son aquellas resoluciones que se dictan durante el proceso y que tienen por objeto otorgar al acto la anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, para prevenir el daño jurídico que podría derivar del retardo en la dictación de la sentencia.”⁷

Características:

- a) Carácter provisorio en cuanto sus efectos: está destinada a durar el tiempo intermedio entre la fecha en que se dicta la providencia cautelar y la fecha en que pasa a encontrarse ejecutoriada la resolución que pone término al proceso.

- b) Su justificación radica en la existencia de *periculum in mora*.
Periculum in mora: peligro de daño jurídico derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva, unido al carácter de urgencia en su dictación. Estas medidas buscan conciliar los principios de celeridad y ponderación.

- c) Tiene como requisito para su dictación que se haya acreditado en el proceso que la pretensión invocada es verosímil: *fumus boni iuris*.

Las medidas contempladas en el art. 290 del Código de Procedimiento civil, son:

⁶ Maturana, Cristián, medidas cautelares, apunte para clases. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, año 2007.

⁷ Art. 290 Código de Procedimiento Civil. Ministerio de Justicia [en línea]: Código de Procedimiento civil. 1902. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>>.

- 1) Secuestro de la cosa que es objeto de la demanda
- 2) Nombramiento de uno o más interventores
- 3) Retención de bienes determinados
- 4) Prohibición de celebrar actos o contratos.⁸

1.1. Principios Inspiradores de los Procedimientos de Familia.

Antecedentes:

La ley 19.968 del 30 de agosto del año 2008, que crea los tribunales de familia, sigue la línea de una serie de reformas y modernizaciones sufridas por el sistema judicial chileno, en busca de especializar el conocimiento de causas, para así dar una respuesta oportuna, rápida y adecuada a quien efectuase la intervención de tribunales en un determinado asunto.

Con la entrada en vigor de esta nueva ley, se reemplaza la antigua judicatura de menores que regía hasta ese momento en Chile. Siendo una modificación tanto a nivel orgánico como procedimental que incorpora una serie de principios que son muy diferentes a los contemplados en la antigua ley, pero que a su vez venía a asegurar y resguardar el respeto por las garantías de un nuevo proceso.

Dentro de las principales reformas sufridas por el código civil en materia de familia, podemos señalar las introducidas en el libro I, titulado “De las personas”, en donde se incorporan leyes complementarias o especiales, tales como: Ley sobre Registro Civil (ley 4.408), Ley sobre Abandono de Familia (ley 14.908), Ley sobre Pago de Pensiones Alimenticias (ley 19.947), nueva Ley de Matrimonio Civil (ley 19.947), Ley sobre Adopción de Menores (ley 19.620), Ley que crea los Tribunales de Familia (ley 19.968), Ley sobre Violencia intrafamiliar (ley 20.066).

⁸ Art. 290 Código de Procedimiento Civil. Ministerio de Justicia [en línea]: Código de Procedimiento civil. 1902. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>>

La dictación de normas complementarias o especiales, provocó dos grandes efectos en nuestra legislación:

- a) Descodificación e hiperregulación del Derecho de Familia.
- b) Creación de un nuevo marco normativo, modificándose los principios que han regido el derecho de Familia.

Al momento de entrar en vigencia el Código Civil Chileno, en el año 1857, los principios inspiradores del derecho de familia eran los siguientes:

- a) Matrimonio religioso e indisoluble,
- b) Incapacidad relativa de la mujer casada en sociedad conyugal,
- c) Administración unitaria y concentrada del marido en sociedad conyugal,
- d) Patria potestad fuertemente favorecida de la mujer casada en sociedad conyugal;
- e) Filiación matrimonial fuertemente favorecida.

Estos eran los principios del Código Civil elaborado por Andrés Bello que imperaban en aquella época.

Los primeros cambios y reformas sufridas se produjeron por la necesidad de incorporar a la mujer al trabajo, dado por lo problemas sociales de la época y la necesidad de mano de obra.

Actualmente destacan los siguientes principios:

1.1.1 Principio de Protección a la Familia.

La importancia de la familia está plasmada en la mayoría de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en este sentido señalamos el art. 16.3 sobre la Declaración Universal Sobre Derechos Humanos:

“1) Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y

fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2) Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3) **La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado**⁹

En esta misma línea la Convención De los Derechos del niño, ratificada por Chile en 1990, en su preámbulo reconoce la importancia del rol de la familia *“Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”*.

Luego en el mismo preámbulo, se señala:

“Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.¹⁰

El estado tiene el deber de velar por el fortalecimiento de la Familia, para ello las políticas públicas deben ir dirigidas en fortalecer los vínculos entre los miembros de una familia, respetando los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

⁹

Art. 16 N°3. Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]: [Fecha de consulta 05 de mayo del 2019] Disponible en: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>

¹⁰ Preámbulo. Convención de los derechos del niño. [en línea]: [Fecha de consulta 05 de mayo del 2019] Disponible en: <<http://unicef.cl/web/convencion/>>

Para ello, nuestra legislación mantiene un amplio abanico de normas para asegurar la protección de la familia en diversas áreas, tales como en la arista civil, las normas para determinar la existencia y validez del matrimonio, normas sobre filiación, normas sobre alimentos, derechos sucesorios e incluso desde un punto de vista penal, la ley sobre violencia intrafamiliar.

El legislador le entrega tal protección a la familia que podemos apreciar claros ejemplos en materia sucesoria, mediante las asignaciones forzosas, reguladas en el artículo 1167 del Código Civil, y de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, artículo 321 del Código Civil.

También podemos ver plasmado este principio en las reglas de la sucesión, en un primer punto las normas relativas a la sucesión testada, como lo son las legítimas y la cuarta de mejoras y las normas de la sucesión intestada, dado por los órdenes sucesorios, teniendo como fuente el parentesco para los ascendientes, descendientes y del cónyuge sobreviviente.

1.1.2 Principio de Protección del Matrimonio:

Este principio se encuentra recogido en la Declaración universal de los derechos humanos, exactamente en su artículo N°16, el cual señala:

- ◆ Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
- ◆ Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

- ◆ La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”¹¹

A su vez la nueva Ley de Matrimonio Civil, ley N° 19.947 en su artículo uno, señala:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia. La presente ley regula los requisitos para contraer matrimonio, además la forma de su celebración, la separación de los cónyuges, la declaración de nulidad matrimonial, la disolución del vínculo y los medios para remediar o paliar las rupturas entre los cónyuges y sus efectos. Los efectos del matrimonio y las relaciones entre los cónyuges y entre éstos y sus hijos, se regirán por las disposiciones respectivas del Código Civil”.¹²

Esta ley en su artículo primero, replicó lo establecido anteriormente en la Constitución Política de la República en su artículo primero inciso segundo.

Dicho artículo señala que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo el matrimonio la base principal de la familia, se reconoce implícitamente que existen otras formas de construir familia como lo son las uniones de hecho.

Esta ley tiene como objeto valorar y promover el vínculo del matrimonio. Incluso el artículo dos de la presente ley se entrega una acción popular cada vez que un tercero o una autoridad no permita que alguien ejerza su derecho a contraer matrimonio.

¹¹ Art. 16. Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]: [Fecha de consulta 05 de mayo del 2019] Disponible en: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>

¹² Art. 1 Ley 19.947 Ministerio de Justicia [en línea]: Nueva Ley de Matrimonio Civil. 2004. [Fecha de consulta 09 de junio del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>>.

Artículo 2º.- La facultad de contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello. Las disposiciones de esta ley establecen los requisitos para asegurar el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

El juez tomará, a petición de cualquier persona, todas las providencias que le parezcan convenientes para posibilitar el ejercicio legítimo de este derecho cuando, por acto de un particular o de una autoridad, sea negado o restringido arbitrariamente.¹³

Además, se contemplan una serie de mecanismos para que el consentimiento de las personas sea más serio e informado a la hora de contraer matrimonio, como es el establecimiento de una edad mínima para contraer matrimonio, siendo de 12 años para las mujeres y de 14 años para los varones, este rango de edad apunta a una madurez emocional y psicológica, no solo la madurez sexual para efectos de procreación.

Se establece el deber del oficial del Registro Civil de entregar información sobre los derechos y deberes que conlleva el matrimonio, e información relativa a los regímenes patrimoniales, mediante “los cursos de preparación del matrimonio”

1.1.3 Principio de Desformalización:

Se realiza con el objeto de efectuarse una mayor colaboración de partes y actuación de oficio por parte del juez.

En este sentido, el propio mensaje que acompaña el proyecto de ley, señala: “*Con el objeto de posibilitar la adopción de medidas urgentes cuando la situación lo*

¹³ Art. 2 Ley 19.947 Ministerio de Justicia [en línea]: Nueva Ley de Matrimonio Civil. 2004. [Fecha de consulta 09 de junio del 2019] Disponible en: < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=225128>>.

Amerite, se otorga al juez de familia una potestad cautelar amplia, que puede ejercer tanto de oficio como a petición de parte”.

Pueden ser tanto víctimas como agresores: el conyuge, el ex conyuge, el conviviente civil, pariente por consanguinidad o por afinidad del ofensor o se su cónyuge o de su actual conviviente, padres de un hijo común, persona menor de Edad o discapacitada dependiente de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

1.1.4 Principio de la Oralidad.

Antes de la entrada en vigencia de la ley que crea los Tribunales de Familia, los procedimientos de menores y civiles se caracterizaban por ser escritos. Al implementarse la reforma en materia de familia, todas las actuaciones pasan a ser orales, otorgándose una real importancia a la etapa de discusión y prueba, siendo indiferente si son realizadas por las partes, por terceros o efectuándolas el mismo tribunal.

Sin perjuicio de lo anterior, también se autorizan expresamente que se realicen ciertas actuaciones de forma oral o escrita, como lo es el caso de la contestación de la demanda reconvencional, sen embargo hay ciertos casos (excepcionales) que solo se podrán realizar de forma escrita, como lo es la interposición del recurso de apelación.

Todas las actuaciones realizadas dentro de un proceso deberán tener un registro virtual y material, teniendo como exigencia:

- Debe tratarse de un medio apto para producir fe, es decir, debe garantizar la fiabilidad.
- Debe permitir garantizar la conservación de las actuaciones, y
- Debe permitir la reproducción de su contenido, vale decir, la posibilidad de ejecutar nuevamente la actuación.

En caso de producirse conciliaciones las audiencias, deberán ser consignadas en un extracto.

1.1.5 Principio de la Concentración:

Consiste en “Principio procesal en virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso”¹⁴.

Este principio se manifiesta mediante la realización de la audiencia preparatoria y la audiencia de juicio, las cuales serán explicadas brevemente a continuación:

- Audiencia preparatoria: “tiene lugar la discusión entre las partes, por medio de la relación breve y sintética de la demanda, contestación y de las acciones reconventionales; se promueven la conciliación y la mediación familiar; se determina el objeto del juicio y las pruebas a ser rendidas, entre otros cometidos, como lo es la fijación o decreto de medidas cautelares. En la segunda audiencia, llamada audiencia de juicio, el tribunal recibe la prueba, escucha las alegaciones de las partes y dicta sentencia.

El procedimiento deberá ser desarrollado en audiencias que serán consecutivas, es decir, sin que exista interrupción entre ellas. Pueden realizarse hasta seis audiencias, de forma excepcional el tribunal podrá reprogramar una audiencia, con un límite de dos reprogramaciones, teniendo el juez esta facultad durante todo el juicio.

Esta nueva audiencia deberá desarrollarse dentro de un plazo máximo de 60 días desde la existencia de la suspensión.

¹⁴ Couture, Eduardo "Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo". Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, pág. 54

En aquellos casos en que el Tribunal admita una demanda, deberá citar a las partes a audiencia preparatoria, en un plazo no menor a 15 días¹⁵

La audiencia se desarrollará con las partes que asistan, bajo de apercibimiento de quien no concurra le empecé todo lo obrado, sin necesidad de notificación ulterior.¹⁶

1.1.6 Principio de la Desformalización

Este principio busca que el procedimiento sea obstaculizado por formalismos o ritualidades, lo anterior no conlleva a una ausencia total de formalidades procesales y el cumplimiento de diligencias judiciales.

1.2. Medidas Cautelares en la tramitación ante los tribunales de Familia.

Corresponde analizar la ley 19.968, del 30 de agosto del 2004 que crea a los Tribunales de Familia.

A modo de un breve análisis crítico, debemos señalar que en este caso el legislador ha sido incapaz de sistematizar los procedimientos cautelares, existiendo regulación en varias disposiciones legales, tales como: la ya enunciada ley que crea los Tribunales de familia, ley 19. 996 del 11 de marzo del 2005 que modifica a su vez a la ley 19.039 de Propiedad Industrial, Ley 20.066 del 7 de octubre del 2005 sobre violencia intrafamiliar, ley 10.087 del 3 de enero del 2006 que sustituye el procedimiento laboral regulado en el título V del código del trabajo y la ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias.

¹⁵ Art. 59 Ley 20.066 Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>

¹⁶ Art. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 Ley 20.066 Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>

1.3. Medidas cautelares establecidas en el art. 22 de la ley 19.968.

1.3.1. Clasificación

Para clasificar las medidas cautelares, se pueden utilizar diversos criterios doctrinarios para ello, como, por ejemplo:

- 1) Si se encuentran o no reguladas en la ley, siendo estas;
 - a) Nominativas/taxativas
 - b) Innominativas/no taxativas.

- 2) según su forma de tramitarse;
 - a) Dentro del proceso principal
 - b) Autónomamente, antes o después de iniciado el proceso principal o incidental.

- 3) Según la finalidad que persigue:
 - a) De aseguramiento de la futura ejecución forzada
 - b) Destinadas a evitar daños irreparables en el transcurso del tiempo.

- 4) Según el objeto que se intenta proteger con la medida:
 - a) Medidas para asegurar bienes
 - b) Medidas para asegurar personas.

- 5) Según los efectos de la medida:
 - a) Conservativas
 - b) Innovativas.

Cabe destacar que el artículo 22 de la Ley que crea los Tribunales de Familia se pronuncia respecto a los efectos que producen las medidas conservativas, siendo Estas las medidas cautelares conservativas o innovativas, según como analizaremos a continuación

“Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, **podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes**. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar”.¹⁷

La ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, no limita el número ni las medidas que el juez de familia pueda decretar, teniendo un amplio abanico de posibilidades, esta ley además las clasifica de forma genérica. Dentro de estas medidas encontramos las medidas cautelares generales que puede decretar el juez de familia dentro de cualquier procedimiento que este conociendo, siendo estas las medidas cautelares conservativas y medidas cautelares innovativas. Estas medidas tienen por objeto mantener una situación jurídica.

Han sido definidas por la doctrina como “Aquellas que persiguen conservar el estado de hecho existente al momento en que son decretadas, en espera y con el objeto de que sobre sí mismo pueda la providencia principal ejercer sus efectos, como por ejemplo ocurriría con la medida cautelar de secuestro conservativo”.¹⁸

¹⁷ Artículo 22. Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 17 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

¹⁸ BAEZA CONCHA, Gloria Y PEREZ CABRERA, Jaime (2da ed.). Los nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento ordinario. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008. p. 70.

1.4. Análisis de las medidas especiales contempladas en el artículo 71 de la ley 19.968.

En virtud de la ubicación de estas medidas cautelares, resultan de aplicación general para todo el procedimiento de familia, pudiendo ser además decretadas en cualquier momento del juicio, incluso antes de su inicio.

Las medidas especiales contempladas por el artículo 71 de la ley 19.968 son:

- a) *La entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;*
- b) *Confiar su cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;*
- c) *El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;*
- d) *Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes.*

- e) *Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;*
- f) *Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;*
- g) *Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos.*
- h) *La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud, e*
- i) *La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.¹⁹*

La mayoría de las medidas cautelares señaladas no guardan relación con el ámbito pecuniario, y el otorgan al juez la facultad de alterar el estado de hecho o de derecho.

Este artículo, en su inciso tercero señala “La resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma”.²⁰ Dado el tenor literal del artículo, sigue

¹⁹ Artículo 71. Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 21 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

²⁰ Artículo 71 inciso tercero Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que

fielmente a lo establecido por el Código Procesal civil, respecto los requisitos establecidos para decretar medidas cautelares, siendo estos: que existan antecedentes suficientes para conceder la medida.

Las medidas cautelares especiales, pueden ser solicitadas por cualquier persona, o decretadas de oficio por el juez de Familia, siguiendo la regla general establecida para las medidas cautelares.

Para que el Tribunal pueda decretar una medida cautelar, es necesario que la medida se encuentre fundada en antecedentes calificados y suficientes, para lo cual el Tribunal debe dejar constancia.

El legislador no establece cual es el antecedente que se debe tener en vista, por lo tanto, cualquier antecedente que dé certeza de su verosimilitud será suficiente.

Al momento de llevarse a la práctica estas medidas, el juez puede solicitar auxilio de la fuerza pública.

1.4.1. Legitimación Activa.

La legitimación para actuar es amplia, pudiendo ser iniciados por acción popular, pudiendo ser requerida por cualquier autoridad pública, o incluso por cualquier persona, sea natural o jurídica. En virtud de que el derecho que se protege reviste vital importancia, como lo es la seguridad física y psicológica de un niño o niña. Apartándose de lo contemplado en los procedimientos civiles, en donde el impulso procesal es de parte, caracterizado por la pasividad de los Tribunales. En este sentido podemos ver reflejada la aplicación del Principio de Oficialidad.

En estas situaciones, la comparecencia del niño o niña reviste vital importancia, el juez siempre deberá tener en cuenta su opinión (Derecho del niño a ser oído),

crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 21 de febrero del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

teniendo en consideración su edad y madurez, según lo dispuesto por el art. 16 de la presente ley.²¹

Capítulo 2: Tramitación de las Medidas Cautelares Especiales y análisis crítico sobre su efectividad.

2.0. Antecedentes:

En primer lugar, debemos señalar las diversas disposiciones que contienen la potestad cautelar del juez de familia, las cuales son:

- ◆ Artículo 22 de la Ley que crea los Tribunales de familia:
“Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el párrafo primero del título IV de esta ley, solo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.²²

- ◆ Artículo 92 de la Ley que crea los Tribunales de Familia:
Este artículo contempla diversas medidas de protección, que el juez mediante su potestad cautelar puede decretar en favor de la víctima, siempre y cuando se trate de una situación de riesgo.

²¹ Artículo 16.- Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

²² Artículo 22. Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 09 de Abril del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

- ◆ Artículo 54-2 de la ley que crea los Tribunales de Familia. El juez podrá decretar medidas cautelares al momento de recepcionar y admitir la demanda.

“Facultades del juez en la etapa de recepción. Una vez admitida la demanda, denuncia o requerimiento a tramitación, el juez procederá de oficio o a petición de parte, a decretar las medidas cautelares que procedan, incluyendo la fijación de alimentos provisorios cuando corresponda.

Luego de ello, citará a las partes a la audiencia correspondiente. El tribunal conocerá también en esta etapa de los avenimientos y Transacciones celebrados directamente por las partes y los aprobará en cuanto no sean contrarios a derecho”.²³

- ◆ Artículo 61 n°3 de la Ley que crea los Tribunales de familia.

En el marco de una audiencia preparatoria, el juez podrá decretar las cautelares que procedan de oficio, a petición de parte, siendo de aplicación general en los procedimientos de familia.

2.1. Las medidas de protección

La adopción de medidas de protección en favor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para resguardar sus derechos es competencia de los Tribunales de Familia, bajo el procedimiento regulado por la ley 19.968.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño vela por las decisiones que deben tomar las entidades públicas como privadas, ya sean Tribunales de justicia, órganos administrativos del estado, sean tendientes a proteger el “Interés superior del niño”. En este sentido, todo niño debe considerado NO como una propiedad de sus padres u objetos de Derechos, sino como un sujeto de los mismos, una persona que tiene derechos de protección, asistencia y educación.

²³ Artículo 54-2. Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 09 de Abril del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los derechos del niño.

Para ello esta Convención nos entrega una definición de que se entiende por niña o niño en su artículo primero, “para efectos de la presente convención, se entiende Por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.²⁴

El concepto de interés superior del niño es acogido en nuestro ordenamiento jurídico en la ley de Filiación, ley 19.585, siendo elevado a principio inspirador dentro de los procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Familia. Siendo su objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentre en territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Para nuestra legislación se considera niño o niña todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y adolescente, desde los 14 años hasta que cumpla los 18 años de edad.

En esta línea la Corte Suprema se ha pronunciado, señalando “ En estas materias cabe considerar siempre el interés superior del niño, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 16 de la ley 19.968 y, aun cuando sea indeterminado, puede afirmarse, que el mismo, alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad”.²⁵

El artículo 16 de la ley 19.968, artículo señalado anteriormente, contempla el derecho del niño a ser oído, principalmente en aquellos juicios en donde se

²⁴ Unicef – Convención internacional de los derechos del niño. [en línea] Santiago, Chile [fecha de consulta: 20 de marzo de 2017] Disponible en: < <http://unicef.cl/web/convencion/> >.

²⁵ Sentencia de la Corte Suprema, fecha 31 de diciembre del 2008, causa-rol 3097-2008.

ventilen materias respecto al cuidado personal, adopción, o procedimientos sobre separación, nulidad o divorcio, en cuanto se pronuncien respecto a asuntos relacionados con la persona o bienes pertenecientes a los hijos, en relación al artículo 85 de la ley 19.947.

La adopción de medidas de protección es de competencia de los Tribunales de Familia.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño reconoce a estos su calidad de sujetos de derecho y no de objeto. Dicho tratado se encuentra reconocido y ratificado por Chile en el año 1990.

Respecto a la potestad cautelar del artículo 22 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de familia, señala que solo podrán decretarse las medidas señaladas por el artículo 71 de la misma ley. Respecto a estas medidas, cabe señalar que son de carácter especial y por lo demás son específicas para casos protectores, a diferencia de las medidas cautelares contempladas en el Código de Procedimiento civil las cuales son de carácter general respecto a su aplicación. Las medidas Cautelares contempladas por la ley 19.968 son tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Análisis de las medidas cautelares especiales contempladas en el artículo 71 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

Estas medidas son de carácter especial, siendo procedentes en cualquier etapa del procedimiento, o incluso pueden ser decretadas antes de su comienzo. Pudiendo decretarse a solicitud de cualquier persona o de oficio. Respecto a la solicitud realizada por cualquier persona, esta puede tratarse de una persona pública o privada, siempre que exista <un interés comprometido> en el que resulte necesario proteger los derechos del niño, niña o adolescente vulnerable.

El procedimiento es de carácter tutelar, que puede ser desde el momento en que se interpone un requerimiento, o en el caso que se solicite una medida cautelar

previo al procedimiento. El juez podrá decretar de oficio medidas cautelares una vez ya iniciado un procedimiento, cada vez que se percate que existe un derecho vulnerado o que eventualmente se pueda vulnerar.

La Corte Suprema ha señalado: “De conformidad a lo prevenido en el artículo 71 de la ley 19.968 las medidas cautelares solo proceden cuando son necesarias para Proteger los derechos del niño y deban fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para adoptarlas”.²⁶

2.2. Potestades del Juez de Familia:

En este aspecto se le han conferido al juez nuevas y amplias facultades, donde es él quien determina el peligro que se pretende evitar, existiendo un reconocimiento expreso sobre la potestad cautelar genérica del juez. No siendo estas facultades solo de contenido patrimonial, sino que también abarcan derechos fundamentales expuestos a un daño irreparable, tales como lo son: la seguridad de la mujer y/o de Los hijos, la custodia provisoria de los hijos a uno de los cónyuges en particular si es necesario.

La potestad del Juez de familia se encuentra tratada en el artículo 22 de la ley 19.968 y constituye una novedad en materia de familia, ya que siempre se buscó una aplicación por analogía en materia procesal civil, según la historia fidedigna de la ley que crea los Tribunales de Familia.²⁷

2.3. Las Medidas de Protección, análisis de las Medidas Cautelares Especiales del artículo 71 de la Ley 19.968, Sobre Medidas de protección.

²⁶ Sentencia Corte Suprema, de fecha 22 de mayo del 2008, rol N° 2675-2008.

²⁷ José Luis Hernández Zencovich. Medidas Cautelares en los Procedimientos de Familia. Editorial Hammurabi, 2018. Pág. 66.

Las medidas de protección en favor de los niños (as) y adolescentes, son competencia de los Tribunales de familia, y su procedimiento se encuentra regulado en la ley 19.968.

Como se señaló anteriormente, estos derechos se encuentran regulados por nuestro Ordenamiento Jurídico y por Tratados Internacionales, ratificados por Chile, Como lo es la Convención Internacional de los Derechos del niño, dicha convención reconoce a los niños su calidad de sujetos de derecho.

Podemos dividir estas medidas cautelares en las siguientes categorías:

- 1) Aquellas situaciones de vulneración de derechos: situaciones contempladas en el artículo 68 y siguientes de la ley 19.689.
- 2) Aquellas situaciones de infracción: situaciones contempladas en el artículo 102 A y siguientes de la ley 19.689.

Potestad cautelar del artículo 22 de la ley 19.968.

“Potestad cautelar...

El juez de familia podrá ampliar este plazo por motivos fundados. En todo lo demás, resultarán aplicables las normas contenidas en los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose del procedimiento previsto en el Párrafo primero del Título IV de esta ley, sólo podrán adoptarse las medidas señaladas en el artículo 71”.²⁸

El último párrafo se refiere a aquellos casos relativos a la protección de los derechos de los niños (as) y adolescentes, las cuales son de carácter especiales y específico, a diferencia de las medidas cautelares civiles, estas últimas siendo de aplicación general.

²⁸ Artículo 22. Ley 19.968. Ministerio de Justicia [en línea]: Ley que crea los tribunales de Familia. 2004. [Fecha de consulta 09 de Abril del 2019] Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>>.

2.3.1. Oportunidad para decretar medidas cautelares especiales.

Iniciado el procedimiento, el juez deberá fijar audiencia preparatoria dentro de 5 días, en esta audiencia se citará a los involucrados, niños (as) y adolescentes, sus padres o quien esté a cargo de su cuidado, en general toda aquella persona que pueda aportar antecedentes, para una acertada resolución del asunto.

En aquellos casos en que se haya decretado una medida cautelar antes del inicio del procedimiento, el juez deberá fijar audiencia preparatoria dentro de quinto día contados desde que se adoptó la medida, so pena de quedar sin efecto. Principio de Oportunidad.

2.3.2. Duración de la Medida Cautelar.

La medida cautelar no podrá durar más de 90 días, una vez transcurrido el plazo caduco, se trata de un plazo fatal, según dispone el artículo 71 de la ley 19.968, sin embargo, la parte a la cual le favorece la medida podrá solicitar al juez ampliación del plazo o el mismo juez podrá decretar de oficio la prórroga de la medida cautelar, teniendo motivos justificados que hacen indispensable la medida cautelar.

Estas medidas son de carácter esencialmente provisorio.

2.3.3. Procedimiento Judicial de las Medidas de Protección

Los artículos 68 al 80 bis de la Ley que creo los Juzgados de Familia, autoriza y en ciertos casos intervención por parte del Tribunal en búsqueda de que las

medidas de protección de carácter jurisdiccional sean aplicadas, esto en directa relación de brindar la correspondiente protección en los derechos de los niños y adolescentes, siempre y cuando estos se encuentran bajo vulneraciones o amenazas. La protección podrá ser dispuesta mediante una audiencia preparatoria y otra que será de juicio. La aplicación de una medida de protección será necesaria en los casos Donde el niño o adolescente deba ser separado de uno o de ambos padres, o de quienes estén a su cargo de manera legal, buscando siempre la integridad del menor, ya que es el principal interviniente como sujeto de derecho, buscando por parte del Juez de Familia el interés superior de niño y su derecho a ser oído. En situaciones que se encuentren fuera de los artículos mencionados precedentemente se debe proceder a la aplicación general de procedimientos de Familia, consistentes en audiencias preparatorias y de juicio las actuaciones que serán consideradas como relevantes.

2.3.4. Audiencia Preparatoria en Medidas de Protección

En esta audiencia el Juez deberá en primer término dar a conocer a las partes en primer lugar el motivo de su asistencia, posteriormente cuáles son sus derechos y deberes, por ultimo responderá a todas las preguntas e inquietudes que surjan por parte de los intervinientes, situación similar ocurre con los niños y adolescentes, a quienes se les explicara y resolverán sus dudas en un lenguaje acorde a sus conocimientos, de una forma comprensible tal como lo establece el artículo 72²⁹ de la Ley.

El juez debe realizar indagaciones concernientes al inicio del procedimiento, las circunstancias han afectado a los niños o adolescentes y como se han afectados sus derechos. Las partes que hayan sido requeridas tendrán ante el juez la posibilidad de exponer y ser oídos en lo que consideren pertinente, posterior al ser escuchados, el juez en base a las circunstancias que considere verosímil y sean

²⁹ Durante la audiencia, el juez informará a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan. Los niños, niñas o adolescentes serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible. Artículo 72. Idis

de relevancia, procederá a dictar sentencia en forma inmediata. En caso que según los hechos presentados o las circunstancias así lo requieran, podrá el juez aplicar medidas especiales, como el ingreso del niño o adolescente a un Centro especial, que podrá ser de Transito, Distribución, hogar sustituto o de un establecimiento residencial.

Tal como lo indica el artículo 30 de la Ley 16.618 el plazo en que este menor podrá estar en cualquiera de los centros indicados previamente no podrá en ningún caso ser mayor a veinte días, existiendo la posibilidad de modificar o extinguir esta medida.

Si es decretado el ingreso se deberá citar a audiencia de juicio, si existieren pruebas estas podrán ser incorporadas inmediatamente para ser rendidas antes de la Audiencia de juicio si fuese necesario. Además de adoptar en la misma audiencia de medidas cautelares y sean estas de oficio o a petición de partes, en búsqueda de conservar o modificar las situaciones de hecho o de derecho que beneficien al niño o adolescente.

2.3.5. Audiencia de juicio en medidas de protección.

En esta etapa se recibe la prueba, con ella el juez decide sobre el asunto que se encuentra bajo su conocimiento, al mismo tiempo podrán ser objetados los informes entregados por peritos que hayan sido solicitados previamente, siendo en la misma audiencia el juez asesorado si lo estima pertinente por el Consejo Técnico, *que es una estructura compuesta por consejeros técnicos, de carácter multidisciplinario, que actúan individual o conjuntamente, como auxiliares de la administración de justicia, liderado por un coordinador, asesorando a los jueces de familia, o bien gestionando la relación con actores relevantes de la red de intervención y apoyo psico-socio-jurídico y de salud en contacto con el Tribunal de Familia. El artículo 457 del Código Orgánico de Tribunales lo define como organismos auxiliares de la administración de justicia, compuesto por*

*profesionales, y les asigna funciones de asesoría individuales y colectivas a los jueces de familia.*³⁰

2.3.6. Sentencia.

Existirá siempre un predominio en la búsqueda del principio colaborativo, tal como lo establece el artículo 14 de la ley, que recalca la mitigación de conflictos de las partes, buscada en base a alternativas o soluciones propuestas y acordadas por ellas. Si existe una alternativa o solución previa la dictación de la sentencia, esta deberá ser acordada por las partes, en búsqueda constante del interés superior del niño, tal como lo establece el artículo 75 de la ley.

Existen casos donde no es posible encontrar alternativas o colaboración en búsqueda de acuerdos, en estas situaciones será deber del juez dictar sentencia, que a luz de los hechos especiales deberá tener motivos fundados y ser acorde a las necesidades mencionadas anteriormente, debiendo indicar cuáles serán los objetivos que buscan ser cumplidos y el tiempo acorde a los mismos.

La sentencia que debe dictar el juez será en forma oral y posteriormente, al momento de ser finalizada la audiencia, se explicara detalladamente la naturaleza, objetivos de la decisión que ha sido adoptada con fundamentos y los plazos necesarios tal como lo establece el artículo 75 de la ley.

Si previo a la sentencia existían medidas cautelares especiales decretadas en el tiempo intermedio, estas deberán quedar sin efecto de manera inmediata, procediendo a reemplazarla, que a su vez puede mantenerla o modificándola para proteger al niño o adolescente.

³⁰ Carlos Garrido Chacana, Serie Derecho de Familia, Contenido Orgánico y Procedimiento Ordinario de la Ley 19.968 (Santiago: Editorial Metropolitana, 2009)

2.3.7. Separación del niño de sus padres o de sus cuidadores

Solo en casos necesarios podrán ser adoptadas medidas de separación del niño o adolescente, ya sea de su padre (padres) o de las personas que los tienen bajo su cuidado, esta separación solo podrá ser realizada solo cuando sea estrictamente necesario el salvaguardar los derechos de los niños o adolescentes, siempre y cuando no exista una alternativa que resulte más adecuada a las necesidades del Niño o de su familia, es misión del juez de familia buscar el cuidado por parte de familiares bajo consanguinidad, si esto no fuese posible se autoriza a que sean personas con quien el menor o adolescente tenga relación de cuidado o confianza, buscando con esto el no cambiar el ámbito de cercanía y tranquilidad en el que se busca que crezca y rodee, solo en desmerito de lo anterior, será enviado a un establecimiento que estará encargado de su cuidado y protección hasta que la medida cautelar cumpla su objetivo.

La separación puede ser adoptada a través de una medida cautelar especial, pudiendo ser incluso antes del procedimiento mismo, provocando alteraciones en cuanto a la situación que tendrán las partes en el desarrollo del juicio. También la separación del menor puede ser adoptada en sentencia definitiva con las correspondientes consecuencias jurídicas.

En relación con las medidas de protección contempladas en la ley 16.618 se establecen dos casos, en que el juez pueda adoptar las medidas necesarias para proteger a los niños o adolescentes que se encuentren vulnerados o sus derechos bajo amenaza, estas medidas podrán ser dictadas por resolución fundada por parte del juez de familia.

Los casos contemplados en el artículo 30 de la mencionada ley son:

- a) *Disponer de la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación a los menores de edad, a sus padres o a las personas que lo*

tengan bajo su cuidado, para enfrentar o superar la situación de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes, y

b) Disponer el ingreso del menor de edad en un centro de tránsito o distribución hogar sustituto o en un establecimiento residencial.

Las medidas de separación que sean adoptadas por el juez, será siempre de carácter provisorio, que no debe ser confundida con una el cuidado personal definitivo que como su nombre lo indica tiene un carácter permanente y que el mencionado cuidado tiene un juicio completamente distinto y que se realiza en un procedimiento ordinario. Esto con la finalidad de que existan las llamadas “tuiciones encubiertas” que son cuidados personales de carácter encubiertos.

La Excelentísima Corte Suprema de Justicia respecto a lo anterior ha hecho mención que las medidas de protección que tengan por objetivo el entregar a un menor a su abuela, por consiguiente, una desvinculación de su madre, quien era la que tenía el cuidado personal. Esto excede las medidas referidas, en directo desmedro del derecho que como madre establece la ley, al tratarse de una menor de edad, hija de filiación no matrimonial que ha vivido con su madre y la familia que ella ha formado hasta los hechos que dieron origen al procedimiento³¹.

2.4. Breve análisis de la ley de violencia intrafamiliar 20.066.

Los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la ley n°19.968. toda vez que estemos en presencia de un hecho que revista las características de un delito, en el contexto de una familia, será competencia de los tribunales con competencia en lo penal, para que conozcan y

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 15 de junio de 2009, Rol causa N° 2651-2009.

resuelvan el asunto. Esta ley tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas, tal y como lo señala el artículo primero de la ley 20.066, establece, además, que es obligación del estado entregar protección a las víctimas, con el objeto de garantizar su integridad personal, y seguridad de la familia.

1.4.1. Sujetos pasivos y activos de violencia intrafamiliar, ley 20.066

Según cómo podemos apreciar en el art. 5 de la ley 20.066, el cual señala "Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente"

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo en común, o recaiga en una persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar. Medidas que puede adoptar el juez para asegurar la protección de la víctima: Durante cualquier etapa de la investigación o del procedimiento, sobre delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, incluso antes de la formalización, los Tribunales con competencia penal podrá decretar medidas cautelares en favor de la víctima, tanto las del artículo 92 de la ley 19.968 como las del art. 7° de la ley de Violencia intrafamiliar.

El artículo 7 de la ley de violencia intrafamiliar, se pone en el supuesto en el que exista "una situación de riesgo inminente" para una o más personas de sufrir un maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, aun cuando este no se haya llevado a cabo". con el solo mérito de la situación expuesta anteriormente, el Tribunal tiene la obligación de dictar las medidas cautelares que correspondan. además la

ley presume que existe una situación de riesgo inminente cuando se haya realizados actos intimidatorios por parte del ofensor, o cuando este ofensor presente antecedentes de drogadicción, alcoholismo, cuando tenga una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o conductas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del título VII, del libro segundo del código penal o por infracción de la ley 17.798 o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten que se trata de una persona violenta o que se niega a aceptar el término de la relación que ha mantenido con la víctima. el tribunal pondrá énfasis en un mayor cuidado cuando la víctima.

El Tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable. Se considerará especialmente como situación de riesgo inminente el hecho de que un adulto mayor, dueño o poseedor, a cualquier título, de un inmueble que ocupa para residir, sea expulsado de él.

Para protección de la víctima, el juez tiene la potestad de declarar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento, incluso antes del mismo en sede de Tribunales de familia. Facultades bastante amplias entregadas por el legislador. Ahora bien, si nos ponemos a analizar sobre la efectividad de estas, nos encontramos en un escenario totalmente distinto, en el que muchas veces, son vulneradas estas medidas por parte del victimario, terminando en situaciones extremas como lo es la muerte del ex conviviente o excónyuge. La situación descrita anteriormente se da más en el ámbito de parejas, en donde la normativa queda al debe y no provoca el efecto disuasivo que tenía como objetivo, sino todo lo contrario y lamentablemente solo queda procesar al victimario/a por el delito cometido.

2.4.2 Competencia para conocer actos de violencia intrafamiliar

Estos actos serán de competencia del Juzgado de Familia del territorio jurisdiccional del domicilio o residencia del afectado. Esta competencia es solo en actos de violencia que no sean constitutivos de delitos, ya que, en caso de existir, estos serán de competencia del Juzgado donde se hayan realizado estos delitos.

Para decretar las medidas cautelares será el Juez de Familia, Fiscal del Ministerio Público o el Juez de Garantía en los casos respectivos, para adoptar estas medidas. Se deben haber tomado conocimiento de los actos constitutivos de violencia intrafamiliar ya sean por demanda o por denuncia.

Al ser el Fiscal un órgano dependiente del Ministerio Público puede decretar medidas cautelares, a pesar de que estas medidas son propias de Jueces, esta novedad es una excepción se contempla en el artículo 81 inciso segundo de la Ley de Tribunales de Familia, otorgando facultades y equiparándolas con el Ministerio Público y el Juez de Garantía en relación a las medidas cautelares, inclusive en casos donde existe incompetencia para conocer el fondo de la causa.

Cuando se tengan conocimiento de la causa se deberán adoptar las medidas cautelares del caso en forma inmediata, sin importar si o no competencias.

Tal como lo establece el artículo 81 de la ley señala que ante la existencia de violencia intrafamiliar y que las víctimas sean personas mayores y niños o adolescentes, el juez podrá adoptar las medidas de protección que establece la ley.

1.4.2. Medidas cautelares para protección de la víctima

El juez de familia está obligado a dar protección a la víctima y a su grupo familiar, y esta potestad es amplia, y puede conceder provisionalmente cualquier medida que el estime pertinente. Para lograr dar cumplimiento efectivamente el ejercicio de su potestad cautelar el Juez de Familia podrá:

- a) Prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquel en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de esta, así como en cualquier otro lugar en que la víctima permanezca, concorra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.
- b) Asegurar la entrega material de los efectos personales de la víctima que optare por no regresar al hogar común.
- c) Fijar alimentos provisorios.
- d) Determinar un régimen provisorio de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes en conformidad al artículo 225 del Código Civil, y establecer la forma en que se mantendrá una relación directa y regular entre los progenitores y sus hijos.
- e) Decretar la prohibición de celebrar actos o contratos.
- f) Prohibir el porte y tenencia o incautar cualquier arma de fuego. De lo cual informará a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director del Servicio respectivo para los fines legales y reglamentarios que correspondan.
- g) Decretar la reserva de la identidad del tercero denunciante.

- h) Establecer medidas de protección para adultos mayores o personas afectadas por alguna incapacidad o discapacidad.

Las medidas que puede decretar el Juez de Familia son potestades cautelares del mismo, y al mismo tiempo tiene las facultades de dictar medidas conservativas que pueden ser de manera conjunta o individuales, las que no podrán superar los 180 días hábiles. Este plazo puede ser renovado nuevamente hasta la misma cantidad de días, podrán ser ampliados, renovarse, modificarse, sustituirse o dejarse sin efecto las medidas en cualquier momento del juicio.

Para lograr la protección buscada de la víctima a través del cumplimiento de las medidas cautelares, el juez emitirá un certificado tal como lo establece el artículo 93 de la ley 19.698.

El auxilio de la fuerza pública es otra de las herramientas de las que dispone el Juez de Familia, quien puede intervenir a través de órdenes de descerrajamiento y allanamiento sin mayor trámite como medio de cumplir con los fines propuestos.

Los Tribunales de Familia estarán en la obligación de remitir los antecedentes de incumplimiento de las resoluciones en las que se hayan impuesto medidas accesorias, de protección y cautelares, estas deberán ser informadas al Ministerio Público en relación al cumplimiento del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Si se produce un desacato de las medidas mencionadas anteriormente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, ha señalado que en procedimientos donde existe violencia intrafamiliar el arresto es procedente cuando el agresor desacata las medidas cautelares impuestas, tal como lo establece el artículo 10 de la ley 20.066, poniendo el juez en conocimiento del ministerio público de los antecedentes, como lo menciona el artículo 240 inciso

segundo del Código de Procedimiento Civil³², pudiendo además imponer apremio al infractor por hasta 15 días. Situación completamente similar a la establecida en el artículo 94 de la ley 19.968 en relación a los actos de violencia intrafamiliar que son tratados por Tribunales de Familia.

El desacato por incumplimiento de medidas cautelares que son decretadas por Tribunal que se ha declarado incompetente está contemplado en el artículo 81 de la Ley 19.968. Cualquier Tribunal que ejerza la jurisdicción en asuntos de Familia, el Fiscal del Ministerio Público o en su caso el Juez de Garantía, que haya tomado Conocimiento por medio de demanda o denuncia por actos que sean constitutivos de violencia intrafamiliar, deberá adoptar de forma inmediata, las medidas cautelares necesarias, sin importar su competencia, pudiendo incluso modificar o dejar sin efecto las medidas cautelares decretadas si es necesario. Si es decretada la absoluta incompetencia de un Tribunal, mientras son decretadas nuevas medidas cautelares por el Tribunal competente y estas no son cumplidas durante el periodo de vigencia correspondiente, los fiscales deberán continuar en la persecución del imputado por el delito de desacato, sin importar la falta de competencia del tribunal inicial que haya decretado las medidas.

³² Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de febrero de 2008, rol causa N°. 29-2008

Conclusión

En el presente trabajo se analizó el marco jurídico de nuestra legislación, referente a las medidas cautelares en el procedimiento de familia, como herramientas subordinadas al interés superior del niño o como forma complementaria del debido proceso.

Se analizaron para ello diversas normas, siendo la principal la ley 19.968 que Crea los Tribunales de Familia, siendo potestad del juez el establecer estas medidas según como podemos observar mediante el análisis realizado de su artículo 22.

A su vez se analizaron las medidas cautelares, su clasificación y tratamiento regulatorio.

El legislador ha sido bastante riguroso en materia de familia y su protección, estableciendo para ello una serie de mecanismos y de normas para entregarle protección a la familia, pudiendo solicitar su dictación incluso antes de un procedimiento, o una vez ya iniciado, situación extraordinaria en nuestra legislación, que nos da a entender la protección y el interés que tiene el legislador en velar los vínculos derivados del parentesco o del matrimonio, sin embargo, el sistema sigue siendo muy criticado ya que no siempre logra la efectividad buscada, desencadenándose situaciones lamentables. El aparataje jurisdiccional no logra satisfacer las múltiples necesidades de la ciudadanía en esta materia.

Bibliografía

1. Ministerio de justicia. Código: Civil, Chile. Santiago de Chile, editorial jurídica, 2000.
2. Ministerio de justicia. Código de Procedimiento Civil, Chile. Santiago de Chile, editorial jurídica, 1902.
3. Ley 19947. CHILE. Nueva ley de matrimonio civil, publicada 17 de mayo 2004. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
4. Ley 19.968. Chile. Ley que crea los Tribunales de Familia, publicada 30 de agosto 2004. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
5. HERNÁNDEZ ZENCOVICH, José Luis. Medidas Cautelares en los Procedimientos de Familia. Santiago, Chile: Editorial Hammurabi. 2017.
6. BAEZA CONCHA, Gloria Y PEREZ CABRERA, Jaime (2da ed.). Los nuevos Tribunales de Familia. Procedimiento ordinario. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2008.
7. FERRAZO, Martha. Medidas Cautelares. Buenos Aires, Argentina.: Editorial García Alonso Lavalle, 2008.
8. MARIN GONZALES Juan Carlos. *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, págs. 307 y ss.
9. ALFONSO X, REY DE CASTILLA Y LEÓN: Las siete partidas. Santiago, Chile. editorial Andrés Bello, 1982.